

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

septembre 2004

Les discriminations positives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

I) Jurisprudence générale sur le principe d'égalité

(Exposé présenté lors de la visite au Conseil constitutionnel d'un groupe d'universitaires britanniques)

Le principe d'égalité (l'un des trois à figurer dans la devise de la République) est, de tous les principes constitutionnels, celui qui est le plus souvent invoqué devant le Conseil constitutionnel. Il est peu de saisines où le grief ne soit pas soulevé et il l'est assez souvent avec succès (cf sur ce point la thèse de Ferdinand Mélin-Soucramanien primée en 1997 par le Conseil constitutionnel).

Il faut peut-être y voir la conséquence de cette « passion pour l'égalité » qui caractérise la représentation française de la vie en société.

En tout état de cause, le principe d'égalité trouve un multiple « ancrage » explicite dans les textes constitutionnels (alors que beaucoup de principes constitutionnels, tels la dignité de la personne humaine, la liberté d'entreprendre, le droit à un logement décent ou les droits de la défense, par exemple, ont simplement été « déduits » par la jurisprudence constitutionnelle) :

- A tout seigneur tout honneur : l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (qui, depuis la célèbre décision du 16 juillet 1971, fait partie du " bloc de constitutionnalité " auquel le Conseil constitutionnel français confronte les lois qu'il a à examiner). Or cet article 6 dispose que "la loi doit être la même pour tous", principe que le Conseil a néanmoins assoupli en admettant des modulations lorsque celles-ci reposent sur des critères objectifs et rationnels au regard de l'objectif recherché par le législateur et que cet objectif n'est lui-même ni contraire à la Constitution, ni entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ;
- L'article 13 de la Déclaration de 1789 qui dispose que « pour les dépenses de l'administration une contribution commune est indispensable » et qu' « elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés » ;
- L'article 3 de la Constitution, qui, en matière de citoyenneté, prohibe « qu'aucune section du peuple » s'attribue « l'exercice de la souveraineté » et qui impose au suffrage d'être égal ;
- Le Préambule de la Constitution de 1946 (lui-aussi composante du « bloc de constitutionnalité » depuis la décision de 1971) qui ouvre les droits sociaux sur une

base universelle (par exemple : « Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances »), les seules limitations admissibles des droits économiques et sociaux touchant les étrangers en situation irrégulière.

Il résulte de cette multiplicité de sources textuelles que le principe d'égalité ne s'applique ni avec la même intensité, ni selon les mêmes règles d'une matière à l'autre (citoyenneté, fiscalité, loi pénale, séjour des étrangers, protection sociale etc.), ce qui rend difficile toute synthèse de la jurisprudence en la matière.

Une autre difficulté réside dans les contradictions apparues entre la jurisprudence et la volonté politique, dont certaines ont été surmontées par une révision constitutionnelle (ainsi pour la parité hommes femmes dans la vie politique ou pour les mesures de « discrimination positives » établies en faveur de la population d'origine indigène en Nouvelle-Calédonie).

Ceci étant, comment, au moins grossièrement, résumer les lignes de force de la jurisprudence du Conseil constitutionnel français sur l'égalité et la situer par rapport à celle des cours homologues ?

1) Il existe des domaines où l'application du principe d'égalité est rigoureuse

Dans ces matières, les différences de situation ne justifient pas de différence de traitement, ou ne les justifient que s'il est démontré qu'une exigence constitutionnelle impérieuse impose une modulation.

Quelles sont ces matières ?

a) On citera d'abord les droits politiques (électorat et éligibilité).

Dans ce domaine, les seules différenciations admises par la Constitution de 1958 (art. 3) touchent à l'âge, à la possession des moyens intellectuels ou à certaines condamnations, car il s'agit de matières dans lesquelles la Constitution prohibe toute discrimination.

Pour le reste, la loi doit être " aveugle " à des caractéristiques comme le sexe, la religion, la race etc... Cela a été expressément énoncé par le Conseil constitutionnel en 1982 à propos des " quotas de femmes " sur les listes municipales. Sauf révision constitutionnelle (elle est justement intervenue en juillet 1999), aucune discrimination, ni négative bien sûr, ni même positive n'est admise par le Conseil.

Dans le même esprit, le Conseil a rappelé que chaque parlementaire était l'élu de la Nation tout entière et non le délégué de la population de sa circonscription, a regardé comme inconstitutionnels la notion de peuple corse ou le principe selon lequel les

locuteurs de langues minoritaires pouvaient constituer un groupe disposant de droits collectifs, enfin a assorti de réserves différents dispositifs tendant à instaurer des discriminations en faveur de certains citoyens de Nouvelle-Calédonie.

Ainsi, rappelant les termes de l'article 1er de la Constitution ("*la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances*"), et prolongeant la décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 relative au statut de la Corse, la décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 (Charte européenne des langues régionales ou minoritaires) juge que " le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, a valeur constitutionnelle " et que " **ces principes fondamentaux s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance** ".

b) Dans d'autres domaines, comme la loi pénale et la procédure pénale, le principe d'égalité, sans être aussi absolu, est appliqué rigoureusement. Ainsi, la jurisprudence du Conseil n'admet qu'avec beaucoup de réticences l'affaiblissement des garanties de procédure pénale même dans une matière comme la lutte contre le terrorisme (garde à vue : 1993 ; perquisitions de nuit : 1997).

Le Conseil a néanmoins infléchi sa position au cours de la période récente dans un contexte profondément affecté par le renouveau de la menace terroriste et la montée de la criminalité organisée. Cet infléchissement s'est manifesté dans sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 à propos de la loi pour la sécurité intérieure. De même, dans sa décision du 2 mars 2004 sur la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, il a admis qu'une garde à vue prolongée de 96 heures puisse être appliquée à des mineurs de plus de seize ans lorsqu'il existe des raisons de soupçonner que des personnes majeures ont participé à la commission de l'infraction qui leur est reprochée. Alors que les requérants invoquaient une rupture d'égalité entre les mineurs, le Conseil a validé la disposition critiquée en considérant qu'elle répondait au souci de « *garantir le bon déroulement des enquêtes et [de] protéger les mineurs de tous risques de représailles susceptibles d'émaner des adultes impliqués* » (considérant 38)."

2) A l'extrême inverse, le principe d'égalité commande, dans d'autres domaines, des modulations en fonction de certaines caractéristiques

Nous en citerons deux :

a) En vertu de l'article 13 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel " la contribution aux dépenses d'administration doit être répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés ", l'effort fiscal et, plus généralement, les sujétions imposées dans l'intérêt général, doivent croître avec l'importance des ressources.

Le principe de progressivité de l'impôt sur le revenu a même reçu valeur constitutionnelle (1993).

Si le prélèvement doit croître avec les capacités contributives, il ne doit toutefois pas être manifestement disproportionné (tel serait le cas s'il aboutissait à une spoliation ou plaçait la charge de la solidarité sociale sur une seule catégorie de citoyens).

b) Autre différenciation imposée par l'article 6 de la Déclaration de 1789: " l'accès aux places et emplois publics " est ouvert à tous les citoyens " selon leurs capacités et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ".

Cette obligation constitutionnelle de prendre en compte les " capacités, les vertus et les talents " (à l'exclusion de tout autre critère) a été rappelée par le Conseil au législateur en 1983, à propos de l'accès à la fonction publique, s'agissant d'un projet de loi qui tendait à fonder en partie ce recrutement sur un critère de " représentativité ". Là encore, il n'y a pas de place (sauf révision constitutionnelle) pour des discriminations " positives ". Même solution pour l'élection des magistrats membres du Conseil supérieur de la magistrature (la parité hommes/femmes sur les listes de candidatures a été censurée en 2001).

Lorsqu'il a eu à examiner les règles de recrutement des magistrats, le Conseil a toujours veillé à ce que celles-ci répondent à des critères professionnels rigoureux, allant jusqu'à émettre des "réserves d'interprétation" de portée directive pour combler le silence de la loi.

3) Dans les domaines qui ne sont ni ceux où toute différence de traitement est interdite, ni ceux où un certain type de différenciation est exigé, c'est-à-dire dans la plupart des cas, le Conseil accepte les différences de traitement dans les conditions rappelés par un " considérant de principe " qu'il ne manque jamais de rappeler.

On le citera donc intégralement : " *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à*

l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ".

Ce " standard " jurisprudentiel n'est pas sans rappeler celui utilisé par d'autres cours constitutionnelles, en Europe et en Amérique du Nord, ou par des cours supranationales comme la Cour européenne de justice et la Cour européenne des droits de l'homme.

Toutes insistent sur le fait que la différenciation doit être fondée sur un critère objectif, raisonnable, " pertinent " au regard du but poursuivi.

Un certain nombre de cours vérifient en outre explicitement que le but poursuivi est légitime (c'est sous-entendu par le Conseil constitutionnel français).

Certaines peuvent aussi rechercher si les conséquences attendues de la différenciation seront assez positives au regard du but poursuivi pour justifier cette différenciation. Le Conseil constitutionnel français a toujours hésité, pour sa part, à s'engager dans cette voie pour ne pas verser dans un " contrôle de proportionnalité " le conduisant à faire oeuvre de législateur. Reste cependant l'éventualité d'avoir à sanctionner une " erreur manifeste d'appréciation " au cas où il apparaîtrait à l'évidence que les effets mis en avant pour justifier la différence de traitement ne se produiront pas.

Le standard jurisprudentiel qui vient d'être rappelé n'est nullement appliqué de façon abstraite. Tout est ici affaire d'espèce, de nuance et de bon sens.

L'important est que le critère choisi pour différencier apparaisse en rapport direct avec le but poursuivi. Si tel n'est pas le cas, la disposition est censurée. Ainsi, en 2000, pour "l'écotaxe" en ce que son objet était de lutter contre l'effet de serre, alors que son assiette comprenait la consommation d'énergie électrique qui, en raison de son origine en France, ne contribue pas à l'émission de gaz à effet de serre.

Ce lien une fois établi, la différenciation sera d'autant mieux admise (et la tentation du contrôle de proportionnalité d'autant mieux écartée) que le but poursuivi sera d'intérêt général et susceptible de se rattacher à une exigence constitutionnelle.

C'est ici - et ici seulement - que les " discriminations positives " sont légitimes.

Il en va notamment ainsi des mesures d'aides ou d'incitations en matière économique, éducative, de santé ou d'aménagement du territoire, fondées sur la nécessité de compenser un handicap individuel, social ou géographique.

Ces mesures pourront prendre par exemple la forme de dispositions fiscales favorables aux entreprises s'établissant dans les quartiers en difficulté ou dans les zones rurales déshéritées.

Elles pourront également revêtir la forme de subventions spéciales aux établissements d'enseignement confrontés aux problèmes les plus difficiles d'encadrement, d'avantages de carrière pour leurs personnels et de bourses spéciales pour leurs élèves.

Elles pourront également consister à faciliter l'accès à certaines filières de formation, par exemple en créant un concours particulier ouvrant un certain nombre de places dans des organismes d'enseignement supérieur prestigieux aux élèves vivant dans des zones défavorisées. En 2001, le Conseil a ainsi été confronté à un cas intéressant : le législateur pouvait-il autoriser l'Institut d'études politiques de Paris à recruter des étudiants au travers d'une procédure particulière réservée aux élèves des établissements classés en « zone d'éducation prioritaire » (ZEP) ? Il l'a admis en considérant que, dans cette matière, le législateur disposait d'un pouvoir d'appréciation et que, de surcroît, la mesure allait dans le sens de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction (treizième alinéa du Préambule de 1946). Dans le même temps, il a exigé que la sélection opérée parmi les élèves issus des ZEP ne soit pas arbitraire : elle devra reposer sur des critères objectifs garantissant le respect de l'exigence constitutionnelle précitée (n° 2001- 450 DC du 11 juillet 2001, cons. 31 à 33).

Ce dernier exemple est intéressant car il illustre la conception française de l'" affirmative action " : oui aux bourses d'études permettant de restaurer l'égalité des chances ; non aux emplois réservés d'avance à telle ou telle catégorie de la population définie par des critères étrangers aux aptitudes personnelles.

Autre exemple intéressant : celui d'une disposition qui accordait, pour l'accès aux postes d' « assistants d'éducation » (personnel contractuel de surveillance), une priorité aux étudiants boursiers. Le Conseil constitutionnel a admis cette priorité, tout en limitant la portée par une réserve d'interprétation. Il a estimé en effet qu'il était loisible au législateur de prévoir une priorité de recrutement en faveur des étudiants boursiers, mais seulement dès lors que cette dernière ne jouerait qu'à aptitudes identiques et pour un « profil » attendu déterminé (n° 2003-471 DC du 24 avril 2003).

Les distinctions opérées pour l'accès aux emplois, ou en matière de droit civil, en raison de l'appartenance à une entité géographique, religieuse ou ethnique sont impossibles sauf base constitutionnelle expresse.

Mais, même dans ce cas (qui ne se rencontre qu'outre-mer), le Conseil constitutionnel fait une lecture stricte des dérogations constitutionnelles au principe d'égalité.

Il a ainsi jugé qu'en abolissant la polygamie et la répudiation pour les Mahorais de droit civil local atteignant l'âge requis pour se marier au 1er janvier 2005, le législateur n'avait pas violé l'article 75 de la Constitution aux termes duquel : « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun (...) conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé » (n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003, cons. 26 à 30).

Dans le même esprit, et alors que la révision constitutionnelle de mars 2003 permettait d'instituer en Polynésie une certaine « préférence locale » pour l'accès aux emplois et pour les transferts de biens fonciers, le Conseil a fait une stricte interprétation de ces dispositions constitutionnelles en vérifiant que la préférence jouerait à mérites égaux pour l'accès aux emplois et en censurant un critère renvoyant indirectement à l'appartenance ethnique pour les transferts de propriété (n° 2004-490 DC, cons. 8 et 30 à 34).

Parmi les problèmes non encore complètement résolus par le Conseil pour apprécier la validité constitutionnelle des différences de traitement opérées se trouve celui du seuil. Ainsi, s'agissant des entreprises, l'assujettissement à tel nouveau régime d'imposition, ou à telle nouvelle obligation en matière de relations du travail, doit-il jouer dès le franchissement d'un seuil (chiffre d'affaires, effectif) ? Si le principe d'un seuil, dès lors qu'il constitue un critère objectif et raisonnable compte tenu du but recherché, n'est pas en cause, on peut en revanche s'interroger sur l'effet brutal de son franchissement. Le principe d'égalité est-il compatible avec cette discontinuité ? N'exige-t-il pas un régime " en sifflet " ? Pour trancher, le Conseil constitutionnel prendra également en compte la nécessité de ne pas compliquer exagérément la législation, une telle complexité méconnaissant l'objectif de valeur constitutionnelle, dégagé en 1999 "d'intelligibilité de la loi".

II) Un exemple récent : la « préférence polynésienne »

Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004 (Statut de la Polynésie française)

Extrait de la décision

(...)

8. Considérant, en premier lieu, que rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle ; que, toutefois, la mise en oeuvre de telles dérogations ne saurait intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à l'application du statut d'autonomie ; qu'il en est ainsi des dispositions édictées en faveur de la population locale en vertu du dixième alinéa de l'article 74 de la Constitution ;

(...)

- Quant aux compétences de la Polynésie française lui permettant de prendre des mesures particulières en faveur de sa population :

30. Considérant qu'aux termes de l'article 1er de la Constitution : " La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée " ; que, conformément au premier alinéa de l'article 72-3 de la Constitution, " la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité " ; qu'en vertu du dixième alinéa de l'article 74 de la Constitution, la loi organique peut déterminer, pour les collectivités d'outre-mer qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles " des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier " ;

31. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la population en faveur de laquelle des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ne peut être définie que **comme regroupant les personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence dans la collectivité d'outre-mer concernée ;**

32. Considérant que l'article 18 de la loi organique détermine les conditions que doit respecter la Polynésie française si elle envisage de prendre des mesures favorisant l'accès à une activité professionnelle salariée ou non salariée " au bénéfice des personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence sur son territoire ou des personnes justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec ces dernières " ; qu'il prévoit notamment que " les mesures prises en application du présent article doivent, pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité, être justifiées par des critères objectifs en relation directe avec les nécessités du soutien ou de la promotion de l'emploi local " ; que, dans ces conditions, l'article 18 n'est pas contraire à la Constitution ;

33. Considérant que le premier alinéa de l'article 19 de la loi organique ouvre la possibilité à la Polynésie française de mettre en place un régime de déclaration des transferts de propriétés foncières entre vifs, à l'exception des donations en ligne directe ou collatérale jusqu'au quatrième degré ; que son deuxième alinéa prévoit en outre un droit de préemption, qui peut être exercé par le conseil des ministres de la Polynésie française dans les deux mois de la déclaration, " dans le but de préserver l'appartenance de la propriété foncière au patrimoine culturel de la population de la Polynésie française et l'identité de celle-ci, et de sauvegarder ou de mettre en valeur les espaces naturels " ; que ses troisième à neuvième alinéas exceptent de ces dispositions les transferts réalisés au profit de certaines personnes ;

34. Considérant que, **si l'article 19 a pu exclure de la procédure de déclaration les transferts de propriété au profit de personnes " justifiant d'une durée suffisante de résidence en Polynésie française " ou " justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec une personne " justifiant d'une telle durée de résidence, il n'a pu, sans méconnaître la notion de population au sens des articles 72-3 et 74 de la Constitution, étendre cette exclusion aux " personnes de nationalité française " " nées en Polynésie française " ou " dont l'un des parents est né en Polynésie française " ;**

35. Considérant qu'il s'ensuit que les quatrième, sixième et septième alinéas de l'article 19 de la loi organique sont contraires à la Constitution ;

(...)

Extrait des commentaires aux cahiers du Conseil constitutionnel n° 16

Les articles 18 et 19 de la loi organique sur le statut de la Polynésie française jouent un rôle particulier puisqu'ils entendent mettre en oeuvre **les dispositions du dixième alinéa de l'article 74 de la Constitution qui habilite désormais les collectivités d'outre-mer dotées d'un statut d'autonomie à prendre certaines mesures « de discrimination positive » en faveur de leur population, en vue d'assurer la protection du marché du travail local et celle du patrimoine immobilier local.**

Le Conseil constitutionnel a déjà eu à connaître de semblables entorses au principe d'égalité à propos de la Nouvelle-Calédonie. Il les a admises en raison de leur fondement constitutionnel, mais les a interprétées **dans la stricte mesure nécessaire à l'application de prescriptions constitutionnelles dérogatoires** (il s'agissait en 1999 de l'accord de Nouméa « constitutionnalisé » par l'article 77 de la Constitution issu de la révision du 20 juillet 1998).

Aussi, en 2004 comme en 1999, y a-t-il lieu de considérer que :

- si rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle,
- de telles dérogations ne sauraient intervenir que dans la mesure strictement nécessaire à la mise en oeuvre du statut d'autonomie.

Il en est ainsi des dispositions édictées en faveur de la population locale en vertu du dixième alinéa de l'article 74 de la Constitution.

Il résulte de ces dispositions que la « *population* » en faveur de laquelle des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ne peut être définie que comme regroupant les personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence dans la collectivité d'outre-mer concernée.

Toute autre conception de la population, faisant intervenir des caractéristiques ethniques (appréhendées par exemple par le lieu de naissance d'un parent), serait contraire aux articles 1^{er} et 3 de la Constitution et à l'article 6 de la Déclaration de 1789, sans trouver à se fonder dans la notion de population mentionnée à l'article 74 de la Constitution dans sa nouvelle rédaction.

Qu'en est-il alors des « discriminations positives » prévues aux articles 18 et 19 de la loi organique ?

. L'article 18 de la loi organique détermine les conditions que doit respecter la Polynésie française si elle envisage de prendre des mesures favorisant l'accès à une activité professionnelle salariée ou non salariée « *au bénéfice des personnes justifiant d'une durée suffisante de résidence sur son territoire ou des personnes justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec ces dernières* ».

Il prévoit notamment que « *les mesures prises en application du présent article doivent, pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité, être justifiées par des critères objectifs en relation directe avec les nécessités du soutien ou de la promotion de l'emploi local* ».

S'agissant en particulier des emplois publics, le deuxième alinéa de l'article 18 dispose que ce n'est qu' « à égalité de mérites » que jouera la préférence locale.

Dans ces conditions, reprises des réserves énoncées par le Conseil constitutionnel lui-même tant en 1999, à propos de mesures semblables envisagées en Nouvelle-Calédonie (n° 99-410 DC du 15 mars 1999, cons. 15 à 18, Rec. p. 51) qu'en 2003, à propos d'une loi relative au recrutement des assistants d'éducation (n° 2003-471 DC du 24 avril 2003, cons. 9 et 10), l'article 18 n'est pas contraire à la Constitution.

. Pour sa part, le premier alinéa de l'article 19 de la loi organique ouvre la possibilité à la Polynésie française de mettre en place un régime de déclaration des transferts de propriétés foncières entre vifs, à l'exception des donations en ligne directe ou collatérale jusqu'au quatrième degré.

Son deuxième alinéa prévoit en outre un droit de préemption, qui peut être exercé par le conseil des ministres de la Polynésie française dans les deux mois de la déclaration, dans un but de gestion du patrimoine culturel de la population et de mise en valeur des espaces naturels.

Ses troisième à huitième alinéas exceptent de ces dispositions les transferts réalisés au profit de certaines personnes physiques.

Si l'article 19 a pu exclure de la procédure de déclaration les transferts de propriété au profit de personnes « *justifiant d'une durée suffisante de résidence en Polynésie française* » ou « *justifiant d'une durée suffisante de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité avec une personne* » justifiant d'une telle durée de résidence, il n'a pu, sans méconnaître la notion de population au sens des articles 72-3 et 74 de la Constitution, étendre cette exclusion aux « *personnes de nationalité française* »

« nées en Polynésie française » ou « dont l'un des parents est né en Polynésie française ».

Le précédent « Accords de Nouméa »

Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999

Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie (extrait)

(...)

17. Considérant, en second lieu, que les modalités retenues par l'article 24 pour favoriser l'emploi local respectent également l'habilitation donnée à la loi organique par l'article 77 de la Constitution ; qu'il appartiendra aux "lois du pays" prises en application de l'article 24, et susceptibles d'être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, de fixer, pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité, la "durée suffisante de résidence" mentionnée aux premier et deuxième alinéas de cet article en se fondant sur des **critères objectifs et rationnels** en relation directe avec la promotion de l'emploi local, **sans imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en oeuvre de l'accord de Nouméa** ; qu'en tout état de cause, cette durée ne saurait excéder celle fixée par les dispositions combinées des articles 4 et 188 pour acquérir la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie ;

III) La question de la parité

A) Quotas par sexe avant 1999

1) *Décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982*

Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales

« (...)

En ce qui concerne les dispositions de l'article L. 260 bis du code électoral, tel qu'il résulte de l'article 4 de la loi :

5. Considérant qu'en vertu de l'article 4 de la loi soumise à l'examen du Conseil, les conseillers municipaux des villes de 3500 habitants et plus sont élus au scrutin de liste ; que les électeurs ne peuvent modifier ni le contenu ni l'ordre de présentation des listes et qu'en vertu de l'article L. 260 bis : Les listes de candidats ne peuvent comporter plus de 75 p. 100 de personnes du même sexe ;

6. Considérant qu'aux termes de l'article 3 de la Constitution : La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret. Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques. **Et qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : Tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents ;**

7. Considérant que du rapprochement de ces textes il résulte que la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ; que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux ;

8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la règle qui, pour l'établissement des listes soumises aux électeurs, comporte une distinction entre candidats en raison de leur sexe, est contraire aux principes constitutionnels ci-dessus rappelés ; qu'ainsi, l'article L. 260 bis du code électoral tel qu'il résulte de l'article 4 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel doit être déclaré contraire à la Constitution ; (...) »

2) Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux

Décision n° 98-407 DC du 14 janvier 1999

« (...) »

- SUR L'OBLIGATION D'ASSURER LA PARITE ENTRE CANDIDATS FEMININS ET MASCULINS ENONCEE PAR LES ARTICLES 4 ET 17 :

Considérant que le deuxième alinéa de l'article L. 346 du code électoral dans sa rédaction issue de l'article 4 de la loi déferée, dispose que : "Chaque liste assure la parité entre candidats féminins et masculins" ; que l'article 17 complète l'article L.

370 du même code afin d'étendre cette obligation aux élections à l'Assemblée de Corse ;

Considérant que les sénateurs requérants estiment ces dispositions contraires à l'article 3 de la Constitution, à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi qu'à la chose jugée par le Conseil constitutionnel dans sa décision susvisée du 18 novembre 1982 ;

Considérant que, en l'état, et **pour les motifs énoncés dans la décision susvisée du 18 novembre 1982**, la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont exclus ni pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ni pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu, sans que puisse être opérée aucune distinction entre électeurs ou éligibles en raison de leur sexe ; que, par suite, les dispositions contestées doivent être déclarées contraires à la Constitution ; (...) »

Commentaire aux Cahiers du conseil constitutionnel n° 7

(...)

L'obligation pour chaque liste d'assurer la parité entre candidats masculins et féminins posait assurément une question plus délicate.

S'appuyant sur la décision n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 (Rec. p. 66), les sénateurs requérants rappelaient que, du rapprochement de l'article 3 de la Constitution - qui affirme l'égalité devant le droit de suffrage - et de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen - relatif à l'égal accès de tous les citoyens aux emplois publics - il résulte qu'une distinction opérée par la loi entre candidats en raison de leur sexe est contraire à la Constitution et ils concluaient à l'inconstitutionnalité de la disposition imposant à chaque liste d'assurer la parité entre les sexes.

Certes, une révision constitutionnelle était alors en discussion au Parlement visant à inscrire dans la Constitution le principe de " l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. "

Mais, en l'état du droit applicable, le Conseil constitutionnel ne pouvait que confirmer sa jurisprudence de 1982 et, reprenant sinon les termes mêmes, du moins le raisonnement de sa décision antérieure, il a censuré les dispositions contestées.

B) Jurisprudence sur la parité postérieure à la révision de 1999

1) [Décision n° 2000-429 DC - 30 mai 2000 - Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives](#)

(...)

- SUR LES ARTICLES 2, 3 ET 5 À 8 :

2. Considérant que les articles 2, 3 et 5 à 8 de la loi déferée modifient des dispositions du code électoral relatives aux élections municipales dans les communes visées au chapitre III du titre IV du livre Ier du code électoral, aux élections sénatoriales dans les départements où le mode de scrutin est la représentation proportionnelle, aux élections régionales, à l'élection des conseillers à l'Assemblée de Corse, à celle des représentants au Parlement européen et aux élections cantonales dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon ; que pour l'ensemble des élections en cause, il résulte des modifications opérées que, « sur chacune des listes, l'écart entre le nombre des candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un » ;

3. Considérant qu'il résulte des articles 3 et 7 de la loi que, pour celles de ces élections ayant lieu au scrutin de liste à un seul tour, « chaque liste est composée alternativement d'un candidat de chaque sexe » ; qu'en application des articles 2, 5, 6 et 8, s'agissant des élections ayant lieu au scrutin de liste à deux tours, « au sein de chaque groupe entier de six candidats dans l'ordre de présentation de la liste doit figurer un nombre égal de candidats de chaque sexe » ;

4. Considérant que les auteurs de la requête font valoir que les dispositions constitutionnelles nouvelles résultant de la loi constitutionnelle susvisée « n'ont pas abrogé d'autres dispositions de la Constitution notamment l'ensemble de l'article 3 de la Constitution et l'article 4 avant modification » ; que les dispositions issues de la réforme constitutionnelle de 1999 « ne sont pas normatives mais objectives » ; que, dans la mesure où elles ne fixent qu'un objectif, elles ne sauraient justifier de mesures contraignantes ou pénalisantes ; qu'en conséquence, en imposant pour les élections se déroulant au scrutin proportionnel à deux tours un « quota proche de 50 % pour chaque sexe » et en conduisant « à l'instauration d'une véritable obligation de quotas » pour les élections au scrutin proportionnel à un tour, le législateur aurait instauré un dispositif contraire aux articles 3 et 4 de la Constitution, ainsi qu'à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'il aurait par

ailleurs méconnu les décisions du Conseil constitutionnel n° 82-146 DC du 18 novembre 1982 et n° 98-407 DC du 14 janvier 1999 ;

5. Considérant qu'aux termes du dernier alinéa de l'article 3 de la Constitution : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives » ; qu'il résulte du second alinéa de l'article 4 de la Constitution que les partis et groupements politiques « contribuent à la mise en oeuvre du principe énoncé au dernier alinéa de l'article 3 dans les conditions déterminées par la loi » ;

6. Considérant, en premier lieu, que rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle ; qu'il en est ainsi des dispositions précitées qui ont pour objet et pour effet de lever les obstacles d'ordre constitutionnel relevés par le Conseil constitutionnel dans les décisions susmentionnées ; qu'en conséquence, les requérants ne sauraient utilement se prévaloir de l'autorité de chose jugée attachée auxdites décisions ;

7. Considérant, en second lieu, qu'il ressort des dispositions du cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution, éclairées par les travaux préparatoires de la loi constitutionnelle susvisée du 8 juillet 1999, que le constituant a entendu permettre au législateur d'instaurer tout dispositif tendant à rendre effectif l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ; qu'à cette fin, il est désormais loisible au législateur d'adopter des dispositions revêtant soit un caractère incitatif, soit un caractère contraignant ; qu'il lui appartient toutefois d'assurer la conciliation entre les nouvelles dispositions constitutionnelles et les autres règles et principes de valeur constitutionnelle auxquels le pouvoir constituant n'a pas entendu déroger ;

8. Considérant que les dispositions critiquées de la loi déférée fixant des règles obligatoires relatives à la présence de candidats de chaque sexe dans la composition des listes de candidats aux élections se déroulant au scrutin proportionnel entrent dans le champ des mesures que le législateur peut désormais adopter en application des dispositions nouvelles de l'article 3 de la Constitution ; qu'elles ne méconnaissent aucune des règles ni aucun des principes de valeur constitutionnelle auxquels la loi constitutionnelle susvisée n'a pas entendu déroger ;

(...)

Extrait des commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 9

Saisi par plus de soixante sénateurs de la loi "tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives", le Conseil constitutionnel a reconnu, pour l'essentiel, sa conformité à la Constitution. Il en a toutefois censuré plusieurs dispositions.

Les requérants critiquaient principalement les dispositions imposant, pour les élections à scrutin de liste à un tour, l'alternance des candidatures féminines et masculines et, pour les autres élections à scrutin de liste, la parité par groupe de six candidats dans l'ordre de présentation.

Ils soutenaient que le législateur n'était pas habilité à édicter des règles pareillement contraignantes par le dernier alinéa de l'article 3 de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, aux termes duquel : "La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives." Restait dès lors, selon eux, applicable la jurisprudence antérieure du Conseil prohibant les quotas par sexes aux élections politiques (n° 82-146 DC du 18 nov. 1982, *Rec.* p. 66, cons. 5 à 9; n° 98-407 DC du 14 janv. 1999, *Rec.* p. 21, cons. 10 à 12).

Le Conseil a rejeté cette argumentation en constatant que l'intention claire du constituant, telle qu'elle ressortait des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, était non sans doute d'obliger, mais assurément d'autoriser le législateur à instaurer des règles contraignantes quant au sexe des candidats aux élections politiques dont le mode de scrutin se prêtait à une telle réglementation.

La portée de la révision constitutionnelle est ainsi de permettre à la loi, dans la mesure jugée utile par le législateur à l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux, de déroger aux exigences constitutionnelles sur le fondement desquelles le Conseil constitutionnel avait, tant en 1982 (à propos des conseils municipaux) qu'en 1999 (à propos des conseils régionaux), censuré la prise en compte du sexe par les règles relatives aux candidatures.

Le Conseil a également reconnu la constitutionnalité des dispositions réduisant l'aide financière de l'État aux formations politiques qui ne présentent pas aux élections législatives un nombre égal de candidates et de candidats. Il a analysé ce mécanisme non comme une sanction, ainsi l'affirmaient les requérants, mais comme

une modulation de l'aide publique aux partis politiques, destinée à inciter ces derniers à concourir à l'objectif constitutionnel d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux.

Plusieurs dispositions du texte déferé ont cependant été déclarées inconstitutionnelles.

La censure a d'abord porté sur les dispositions abaissant de 3500 à 2500 habitants le seuil à partir duquel le code électoral prévoit, pour l'élection du conseil municipal, des listes comportant autant de noms que de personnes à élire sans que l'électeur puisse ajouter, retrancher ou déplacer de nom.

En effet, dans sa décision n° 2000-427 DC du 30 mars 2000 (loi organique relative aux incompatibilités entre mandats électoraux), le Conseil avait jugé que l'existence d'un seuil de 3500 habitants, pour la détermination du mode de scrutin municipal, conditionnait la constitutionnalité de l'article 3 de la loi organique du 5 avril 2000 (art. L.O. 141 nouveau, c. élect.), aux termes duquel : "*Le mandat de député est incompatible avec l'exercice de plus d'un des mandats énumérés ci-après : conseiller régional, conseiller à l'assemblée de Corse, conseiller général, conseiller de Paris, conseiller municipal d'une commune d'au moins 3500 habitants.*". L'article 1er de la loi déferée aurait donc privé la loi organique de son fondement constitutionnel.

Le Conseil a également censuré les dispositions des deux derniers alinéas de l'article 15 de la loi déferée qui, en méconnaissance de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, obligeaient à réaffecter les crédits inutilisés du fait de la réduction de l'aide de l'État aux partis politiques n'ayant pas présenté un nombre égal de candidates et de candidats aux élections législatives.

(...)

2) Décision n° 2001-445 DC - 19 juin 2001

Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature

. En ce qui concerne l'organisation des élections au Conseil supérieur de la magistrature :

56. Considérant que l'article 33, qui modifie l'article 3 de la loi organique du 5 février 1994 susvisée relative au Conseil supérieur de la magistrature, aménage le mode de

scrutin régissant l'élection au Conseil supérieur de la magistrature des représentants des magistrats qui n'exercent pas des fonctions de chef de juridiction ; qu'à cet égard, il introduit la représentation proportionnelle aux deux degrés de l'élection et instaure des règles de parité entre les candidats de l'un et l'autre sexe ; que l'article 34 rend les dispositions de l'article 33 applicables lors du prochain renouvellement du Conseil supérieur de la magistrature ;

57. Considérant que si, aux termes des dispositions du cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution, dans leur rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives », il résulte tant des travaux parlementaires ayant conduit à leur adoption que de leur insertion dans ledit article que ces dispositions ne s'appliquent qu'aux élections à des mandats et fonctions politiques ;

58. Considérant que les règles édictées pour l'établissement des listes de candidats à l'élection à des dignités, places et emplois publics autres que ceux ayant un caractère politique ne peuvent, au regard du principe d'égalité d'accès énoncé par l'article 6 de la Déclaration de 1789, comporter une distinction entre candidats en raison de leur sexe ; que, dès lors, les dispositions de l'article 33 de la loi organique, qui introduisent une distinction selon le sexe dans la composition des listes de candidats aux élections au Conseil supérieur de la magistrature, sont contraires à la Constitution ;

3) Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 - Loi de modernisation sociale

(...)

112. Considérant que les articles 134 et 137 modifient le code de l'éducation de manière à permettre l'obtention de diplômes par " la validation des acquis de l'expérience " ; qu'ils confient à un jury le soin de prononcer cette validation ; qu'ainsi, l'article 134, relatif aux diplômes et titres à finalité professionnelle, dispose que " la validation est effectuée par un jury dont la composition garantit une présence significative de représentants qualifiés des professions concernées " ; que l'article 137, relatif aux diplômes ou titres délivrés, au nom de l'Etat, par un établissement d'enseignement supérieur, dispose que la validation " est prononcée par un jury dont les membres sont désignés par le président de l'université ou le chef de l'établissement d'enseignement supérieur en fonction de la nature de la validation demandée... Ce jury comprend, outre les enseignants chercheurs qui en constituent

la majorité, des personnes compétentes pour apprécier la nature des acquis, notamment professionnels, dont la validation est sollicitée " ; que les modalités d'application de ces dispositions sont renvoyées par les deux articles 134 et 137 à un décret en Conseil d'Etat ;

113. Considérant qu'aux termes de l'article 134, la composition du jury " concourt à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes " ; que, de même, aux termes de l'article 137 : " les jurys sont composés de façon à concourir à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes " ;

114. Considérant qu'en vertu de l'article 6 de la Déclaration de 1789 : " Tous les citoyens... sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents " ;

115. Considérant qu'en raison de la mission confiée aux jurys prévus par les articles 134 et 137 de la loi déferée, les membres desdits jurys occupent des " dignités, places et emplois publics " au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; que les articles 134 et 137, qui reprennent la formulation retenue par la loi susvisée du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle, ne fixent qu'un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ; **qu'ils n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution de ces jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications ; que, sous cette réserve, les articles 134 et 137 n'appellent aucune critique quant à leur conformité à la Constitution (...)**

4) Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003

Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques

(...)

En ce qui concerne le grief tiré d'une atteinte au principe de parité :

45. Considérant que les députés requérants font valoir que la création de circonscriptions aura également pour effet de réduire le nombre de sièges obtenus par chaque liste en présence ; que nombreuses seront les listes qui n'obtiendront qu'un siège et qu'il en « résultera nécessairement... un déséquilibre important entre hommes et femmes en termes d'élus » ; que, de ce fait, l'écart actuellement constaté

au profit des élus masculins pourrait s'en trouver accru ; que la loi méconnaîtrait, à cet égard, le cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution ;

46. Considérant que les dispositions critiquées n'ont ni pour objet ni, par elles-mêmes, pour effet de réduire la proportion de femmes élues en France au Parlement européen ; que le législateur a maintenu la règle de l'alternance entre candidats féminins et masculins sur les listes de candidats qui prévalait sous l'empire des dispositions précédentes ; que, par suite, le grief manque en fait ;

(...)

5) Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003

Loi portant réforme de l'élection des sénateurs

(...)

14. Considérant que, sur le fondement des dispositions précitées de l'article 3 de la Constitution, le premier alinéa de l'article L. 300 du code électoral prévoit : « Dans les départements où les élections ont lieu à la représentation proportionnelle, chaque liste de candidats doit comporter deux noms de plus qu'il y a de sièges à pourvoir. Sur chacune des listes, l'écart entre le nombre des candidats de chaque sexe ne peut être supérieur à un. Chaque liste est composée alternativement d'un candidat de chaque sexe » ;

15. Considérant que les articles 5 et 6 modifient respectivement les articles L. 294 et L. 295 du code électoral pour porter de trois à quatre le nombre de sénateurs par département à partir duquel l'élection a lieu non plus au scrutin majoritaire à deux tours, mais à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne ;

16. Considérant que les députés et les sénateurs requérants reprochent à ces dispositions d'être contraires à l'article 3 de la Constitution, en réduisant « d'autant le nombre de sièges auxquels s'applique l'obligation de présenter des listes de candidats composées de femmes et d'hommes à égalité alternée » ;

17. Considérant, d'une part, que les dispositions critiquées ne portent pas, par elles-mêmes, atteinte à l'objectif d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives énoncé à l'article 3 de la Constitution ;

18. **Considérant, d'autre part, que les dispositions du cinquième alinéa de l'article 3 de la Constitution n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de priver le**

législateur de la faculté qu'il tient de l'article 34 de la Constitution de fixer le régime électoral des assemblées ;

19. Considérant, dès lors, que le moyen tiré d'une atteinte à l'article 3 de la Constitution doit être rejeté ;

(...)

Extrait des commentaires aux Cahiers n° 15

Un des griefs était dirigé par les requérants contre les articles 5 et 6 de la loi portant réforme de l'élection des sénateurs qui rétablissent le mode de scrutin majoritaire (en vigueur avant la loi du 11 juillet 2000) dans les départements élisant trois sénateurs.

Selon les requérants, le législateur ne pouvait substituer le mode de scrutin majoritaire au mode de scrutin proportionnel (avec liste bloquée) instauré, dans ces départements, par la loi du 11 juillet 2000, dès lors que le scrutin sénatorial, lorsqu'il se fait à la proportionnelle, est assorti de règles assurant la parité entre candidatures féminines et masculines (alternance stricte entre sexes).

En rétablissant le scrutin majoritaire, le législateur renonce à une règle qui tend à « favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ». Ce faisant, il méconnaissait, selon les requérants, les dispositions du dernier alinéa de l'article 3 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999.

En premier lieu, la disposition critiquée n'a, sur la proportion des élues, qu'un effet indirect et éventuel. Elle ne méconnaît pas par elle-même le principe d'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux.

Mais surtout, les requérants se méprenaient sur la portée du dernier alinéa de l'article 3 de la Constitution.

Comme l'indiquent les travaux parlementaires, la révision constitutionnelle de juillet 1999 a eu pour seule finalité de lever le « verrou » constitué par la jurisprudence du Conseil constitutionnel proscrivant les distinctions fondées sur le sexe en matière d'élections politiques et, plus généralement, en matière d'accès aux emplois publics (par exemple : n° 98-407 DC du 14 janvier 1999, cons. 12, Rec. p. 21 ; n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, cons. 56 à 58, Rec. p. 63; n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 112 à 115, Rec. p. 49).

Il a été jugé à cet égard que l'intention claire du constituant, telle qu'elle ressortait des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi constitutionnelle du 8 juillet 1999, était non d'obliger, mais d'autoriser le législateur à instaurer des règles contraignantes quant au sexe des candidats aux élections politiques dont le mode de scrutin se prêtait à une telle réglementation (n° 2000-429 DC du 30 mai 2000, cons. 7, Rec. p. 84 et Cahiers du Conseil constitutionnel n° 9, p. 10).

C'est dire que le dernier alinéa de l'article 3 de la Constitution, s'il permet au législateur d'imposer des règles de parité pour l'accès aux mandats électoraux de caractère politique, ne lui impose pas d'imposer.

C'est dire aussi que le dernier alinéa de l'article 3 de la Constitution ne saurait être interprété comme restreignant le pouvoir que tire le législateur de l'article 34 de la Constitution de fixer les règles concernant le régime électoral des assemblées parlementaires.

(...)

IV) Exemples récents de contrôle de discriminations positives : l'accès à « Sciences Po » et les assistants d'éducation

1) Sciences Po

Décision n° 2001-450 DC - 11 juillet 2001

Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel

(...)

- SUR L'ARTICLE 14 DE LA LOI :

31. Considérant que le I de l'article 14 de la loi déferée insère dans le chapitre Ier du titre II du livre VI du code de l'éducation un article L. 621-3 ainsi rédigé : « Le conseil de direction de l'Institut d'études politiques de Paris détermine, par dérogation aux dispositions du troisième alinéa de l'article L. 612-3, les conditions et modalités d'admission aux formations propres à l'institut ainsi que l'organisation des études, des premiers cycles à l'école doctorale. Il peut adopter des procédures d'admission comportant notamment des modalités particulières destinées à assurer un recrutement diversifié parmi l'ensemble des élèves de l'enseignement du second degré. Les procédures d'admission peuvent être mises en oeuvre par voie de conventions conclues avec des établissements d'enseignement secondaire ou

supérieur, français et étrangers, pour les associer au recrutement par l'institut de leurs élèves ou étudiants » ;

32. Considérant qu'aux termes du treizième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946: « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction... » ;

33. Considérant que, s'il est loisible au législateur de déroger aux dispositions du troisième alinéa de l'article L. 612-3 du code de l'éducation en vue de permettre la diversification de l'accès des élèves du second degré aux formations dispensées par l'Institut d'études politiques de Paris, c'est à la condition que les modalités particulières que fixera à cette fin, sous le contrôle du juge de la légalité, le conseil de direction de l'Institut, reposent sur des critères objectifs de nature à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle d'égal accès à l'instruction ; que, sous cette réserve, l'article 14 est conforme à la Constitution ;

(...)

2) La loi relative aux assistants d'éducation

(Décision n° 2003- DC du 24 avril 2003)

Le second moyen du recours dénonçait une rupture d'égalité entre candidats aux fonctions d'assistants d'éducation.

Selon les députés requérants, la loi déferée méconnaissait les dispositions de l'article 6 de la Déclaration de 1789 en vertu desquelles, tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi, ils sont « *également admissibles à toutes dignités places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

En effet, soutenaient-ils, la loi déferée ne comporte, en dehors de la précision selon laquelle le dispositif en cause est « *destiné à bénéficier en priorité aux étudiants boursiers* », aucune disposition favorisant le recrutement d'étudiants méritants issus des milieux les plus modestes et leur permettant la poursuite d'études supérieures.

Le moyen était déconcertant car l'invocation de l'article 6 de la Déclaration de 1789 plaidait plus sûrement contre l'existence d'une priorité accordée sur critères sociaux que contre l'insuffisance d'une telle priorité !

Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *La loi est l'expression de la volonté générale ... Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses*

yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

En raison de la mission confiée aux assistants d'éducation par la loi déferée, ceux-ci occuperont des « *places et emplois publics* » au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789.

Dès lors, il appartiendra aux responsables des établissements publics locaux d'enseignement de fonder leurs décisions de recrutement sur la capacité des intéressés à satisfaire les besoins de l'établissement.

Pour autant, à aptitudes égales, il est loisible au législateur d'instituer une priorité jouant, ainsi qu'il est dit au cinquième alinéa du nouvel article L. 916-1 du code de l'éducation, en faveur des étudiants boursiers.

Le raisonnement ainsi suivi s'inspire étroitement du précédent récent relatif à la « composition équilibrée des jurys entre hommes et femmes »¹.

En répondant de la sorte, le Conseil interprète sans ambiguïté le cinquième alinéa de l'article L. 916-1 inséré dans le code de l'éducation par l'article 2 de la loi déferée (« *Le dispositif des assistants d'éducation est destiné à bénéficier en priorité à des étudiants boursiers* ») comme ne faisant jouer la priorité en faveur des boursiers qu'à capacité égale à remplir les fonctions correspondant au « profil » recherché par le chef d'établissement.

Sous cette réserve d'interprétation, le cinquième alinéa du nouvel article L. 916-1 du code de l'éducation ne méconnaît pas l'article 6 de la Déclaration de 1789 et le moyen devait être écarté.

Extrait de la décision

- SUR LE GRIEF TIRÉ DE LA MÉCONNAISSANCE DE L'ARTICLE 6 DE LA DÉCLARATION DE 1789 :

8. Considérant que, selon les députés requérants, le nouvel article L. 916-1 du code de l'éducation méconnaît les dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'en dehors de la précision figurant au cinquième alinéa selon laquelle « le dispositif des assistants d'éducation est destiné à bénéficier en priorité aux étudiants boursiers », aucune disposition de cet article ne

¹ n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 112 à 115. Dans un esprit voisin, cf. n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, cons. 2 à 7, Rec. p. 156.

garantirait, contrairement au souhait du législateur, le recrutement d'étudiants méritants issus des milieux les plus modestes pour leur permettre de poursuivre des études supérieures ;

9. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale... Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents » ;

10. Considérant qu'en raison de la mission confiée aux assistants d'éducation par le nouvel article L. 916-1, ceux-ci occupent des « places et emplois publics » au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; que dès lors il appartiendra aux chefs d'établissement de fonder leurs décisions de recrutement sur la capacité des intéressés à satisfaire les besoins de l'établissement ; qu'il était loisible au législateur d'instituer une priorité en faveur des étudiants boursiers sous réserve que celle-ci s'applique à aptitudes égales ;

V) La prohibition de la reconnaissance de droits collectifs aux groupes définis par une collectivité d'origine, de culture, de langue ou de croyance

Extrait du commentaire aux cahiers du Conseil constitutionnel n° 7 de la décision relative à la « Charte européenne des langues régionales ou minoritaires »

(Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999)

Négociée sous l'égide du Conseil de l'Europe, la Charte, qui comporte un préambule et cinq parties, présente une économie originale. Chaque État-partie est tenu d'adhérer à l'ensemble des " objectifs et principes " figurant à la partie II qui sont applicables à toutes les langues régionales ou minoritaires, au sens du traité (au nombre desquelles ne figurent ni les " dialectes de la langue officielle " ni " les langues des migrants ") parlées sur le territoire.

L'État contractant peut en outre s'obliger à adopter une partie seulement des mesures pratiques figurant dans la partie III, relative à la " vie publique ", sous réserve de choisir un nombre minimal de 35 mesures sur les 98 énumérées et de respecter un " contingent " par domaine d'application; ces mesures, librement

consenties, s'appliquent uniquement aux langues dont l'État dresse une liste annexée à son instrument de ratification.

C'est ainsi que le Gouvernement français avait décidé de souscrire, au titre de cette partie III, à 39 engagements, lesquels ont été portés à la connaissance du Conseil constitutionnel.

I) À titre liminaire, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur le contenu de l'engagement international soumis à son examen et sur l'étendue du contrôle exercé. Même si le préambule de la Charte n'a pas force obligatoire, il n'est pas dépourvu d'effets juridiques puisqu'il constitue un instrument d'interprétation du traité dont il précise l'esprit et l'objet.

La partie II, qui comprend le seul article 7, énonce les " objectifs et principes poursuivis conformément au § 1 de l'article 2 ". Il résulte de la rédaction même de cet article 2 (§ 1) que " chaque partie s'engage à appliquer [ces] dispositions à l'ensemble des langues régionales ou minoritaires pratiquées sur son territoire... ". En conséquence, relève le Conseil constitutionnel, " la partie II a une portée normative propre ".

Il revenait donc au Conseil constitutionnel d'examiner la conformité à la Constitution du préambule et de la partie II de la Charte indépendamment des engagements concrets souscrits par la France au titre de sa partie III. S'agissant de cette dernière partie, le contrôle de constitutionnalité a porté sur les 39 engagements retenus par la France et sur eux seuls.

II) Avant d'examiner le contenu de la Charte, le Conseil a énuméré les normes de référence applicables.

Il s'agit en premier lieu de l'article 1er de la Constitution qui proclame que " la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. **Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion.** Elle respecte toutes les croyances ". Dans la stricte continuité de la décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991 relative au statut de la Corse, la décision ajoute que " **le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, a également valeur constitutionnelle** ".

En conséquence : " **ces principes fondamentaux s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance** ".

Au nombre des normes de référence applicables figurent également la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : " La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ", ainsi que le premier alinéa de l'article 2 de la Constitution selon lequel " La langue de la République est le français ".

Faisant la synthèse de ses décisions n° 94-345 DC du 29 juillet 1994 sur la loi relative à l'emploi de la langue française et n° 96-373 DC du 9 avril 1996 sur la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française, la décision n° 99-412 DC précise " qu'en vertu de ces dispositions, l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public; que les particuliers ne peuvent se prévaloir, dans leurs relations avec les administrations et les services publics, d'un droit à l'usage d'une langue autre que le français, ni être contraints à un tel usage; que l'article 2 de la Constitution n'interdit pas l'utilisation de traductions; que son application ne doit pas conduire à méconnaître l'importance que revêt, en matière d'enseignement, de recherche et de communication audiovisuelle, la liberté d'expression et de communication ".

III) Le Conseil constitutionnel s'est ensuite prononcé sur la conformité de la Charte à la Constitution.

Il a en premier lieu énuméré les dispositions du préambule et des parties I (intitulée " dispositions générales ") et II (objectifs et principes) posant problème au regard des règles et principes rappelés plus haut. Il s'agit du quatrième alinéa du préambule, qui reconnaît à chaque personne " un droit imprescriptible " de " pratiquer une langue régionale ou minoritaire dans la vie privée et publique "; de l'article 1 (a) de la partie I aux termes duquel : " par l'expression " langues régionales ou minoritaires ", on entend les langues : i) pratiquées traditionnellement sur un territoire d'un État par des ressortissants de cet État qui constituent un groupe numériquement inférieur au reste de la population de l'État; et ii) différentes de la (des) langue(s) officielle(s) de cet État ", exception faite des dialectes de la langue officielle et des langues des migrants; de l'article 1 (b) aux termes duquel, par " territoire dans lequel une langue régionale ou minoritaire est pratiquée ", il convient d'entendre, " l'aire géographique

dans laquelle cette langue est le mode d'expression d'un nombre de personnes justifiant l'adoption des différentes mesures de protection et de promotion " prévues par la Charte; de l'article 7 (§ 1), en vertu duquel : " les parties fondent leur politique, leur législation et leur pratique sur les objectifs et principes [...] le respect de l'aire géographique de chaque langue régionale ou minoritaire, en faisant en sorte que les divisions administratives existant déjà ou nouvelles ne constituent pas un obstacle à la promotion de cette langue [...], la facilitation et/ou l'encouragement de l'usage oral et écrit des langues régionales ou minoritaires dans la vie publique et dans la vie privée " et de l'article 7 (§ 4) selon lequel : " les parties s'engagent à prendre en considération les besoins et les vœux exprimés par les groupes pratiquant ces langues ", en créant, si nécessaire, des " organes chargés de conseiller les autorités sur ces questions ".

De ces dispositions combinées le Conseil conclut que " la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, en ce qu'elle confère des droits spécifiques à des "groupes" de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de "territoires" dans lesquels ces langues sont pratiquées, porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français".

Ces dispositions sont également contraires au premier alinéa de l'article 2 de la Constitution en ce qu'elles tendent à reconnaître un droit à pratiquer une langue autre que le français non seulement dans la " vie privée " mais également dans la " vie publique ", à laquelle la Charte rattache la justice et les autorités administratives et services publics.

C'est donc sur un double terrain (atteinte aux principes d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français d'une part, et méconnaissance de l'article 2 de la Constitution d'autre part) que le Conseil s'est placé pour affirmer, dans le dispositif de sa décision, que " la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires comporte des clauses contraires à la Constitution ", formule reprise du libellé de l'article 54 de la Constitution.

Ces clauses inconstitutionnelles figurent exclusivement, comme on l'a vu, dans le préambule et les parties I et II de la Charte.

En effet, dans un considérant final, la décision précise que " n'est contraire à la Constitution, eu égard à leur nature, aucun des autres engagements souscrits par la

France, dont la plupart, au demeurant, se bornent à reconnaître des pratiques déjà mises en oeuvre par la France en faveur des langues régionales ".